

## **Verfassungs- und unionsrechtliche Bewertung des 1. GlüÄndStV und der Landesspielhallengesetze in Berlin, Bremen, Hessen und Schleswig-Holstein Thesen für das juristische Presse-Fachgespräch am 22. November 2011**

Rechtsanwalt Dr. Dirk Uwer, LL.M.  
Hengeler Mueller, Düsseldorf

### **I. Übergreifende Kritikpunkte zum 1. GlüÄndStV**

1. Die 15 Länder werden mit dem aktuellen Entwurf des **Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrags (1. GlüÄndStV) vom 28. Oktober 2011** erneut scheitern, weil er das Glücksspielrecht nach wie vor nicht kohärent und systematisch an den behaupteten gesetzgeberischen Zielen ausrichtet, sondern die unverhältnismäßigen und inkohärenten Beschränkungen des GlüStV fortschreibt und vertieft. Der 1. GlüÄndStV genügt in zentralen Punkten nicht den durch das Bundesverfassungsgericht, das Bundesverwaltungsgericht und den Europäischen Gerichtshof konkretisierten verfassungs- und unionsrechtlichen Anforderungen an ein kohärentes und systematisches Regelungssystem für Glücksspiele.
2. Der 1. GlüÄndStV ist schon deshalb **inkohärent**, weil für die ungefährlichsten Glücksspiele (Lotterien) weiterhin ein Staatsmonopol besteht und der Vertrieb durch private Spielvermittler im Verhältnis zu anderen Glücksspielen erheblich schärferen und übermäßigen Beschränkungen unterliegt. Außerdem hängt die Kohärenz des Entwurfs von grundlegenden, sachlich nicht zu rechtfertigenden Änderungen bei den bundesrechtlich geregelten Glücks- und Geld-Gewinnspielen ab.
3. Zudem hat das Land Schleswig-Holstein am 14. September 2011 ein **Landesglücksspielgesetz** beschlossen, das die überzogenen Vertriebs- und Werbebeschränkungen des GlüStV wieder auf ein angemessenes Maß zurückführt. Damit wird die inzwischen von zahlreichen Gerichten festgestellte Inkohärenz des GlüStV noch verstärkt. Der Europäische Gerichtshof hat mit Urteil vom 8. September 2010 (Rs. C-46/08 – Carmen Media, Rn. 70) klargestellt, dass Bund und Länder unabhängig von der innerstaatlichen Kompetenzverteilung verpflichtet sind, den Glücksspielbereich insgesamt kohärent und systematisch zu regeln und sich bei der Ausübung ihrer Gesetzgebungszuständigkeiten entsprechend zu koordinieren. Das ist nicht gewährleistet, wenn das Land Schleswig-Holstein ein liberaleres und gleichzeitig effektiveres Regelungskonzept verfolgt, während die übrigen Länder an den überzogenen Beschränkungen des GlüStV festhalten.
4. Die zentrale monopolsichernde Vorschrift des GlüStV, der **landesbezogene Erlaubnisvorbehalt des § 4 Abs. 1 des 1. GlüÄndStV**, ist insgesamt verfassungs- und unionsrechtswid-

rig und gefährdet das Glücksspielmonopol in seinem Bestand. Die Regelung enthält keine (vom EuGH geforderten) objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Erlaubniskriterien. Außerdem ist ein Rechtsanspruch auf Erlaubniserteilung ohne sachlichen Grund ausgeschlossen. Eine effektive gerichtliche Nachprüfung der Versagung von Erlaubnissen ist damit unmöglich. Das ist für die Landeslotteriegesellschaften unproblematisch, weil diese die erforderliche „Insicherlaubnis“ der Länder ohne Weiteres erhalten werden. Gleichzeitig ist absehbar, dass die Länder private Glücksspielanbieter durch missbräuchliche Anwendung des Erlaubnisvorbehalts (wie bisher schon) vom Glücksspielmarkt fernhalten werden, um die rechtswidrig begründete Monopolstellung ihrer Lotteriegesellschaften abzusichern. Damit verliert das Regelungssystem des 1. GlüÄndStV insgesamt seine ordnungsrechtliche Legitimation.

5. Hinzu kommt, dass der landesbezogene Erlaubnisvorbehalt in § 4 Abs. 1 des 1. GlüÄndStV allein der **kartellrechtswidrigen Regionalisierung der Umsätze** privater Glücksspielvermittler dient, so dass der 1. GlüÄndStV auch einer kartellrechtlichen Prüfung nicht standhalten wird. Nach der (missbräuchlichen) Auslegung dieser Vorschrift durch die Länder sind gewerbliche Vermittler von bundesweit einheitlich veranstalteten staatlichen Lotterien verpflichtet, ihre Umsätze in dem Land abzuliefern, für das die jeweilige Vermittlererlaubnis gilt. Daran ändert auch das neu eingeführte „harmonisierte Erlaubnisverfahren“ für gewerbliche Spielvermittler nichts, da damit keine bundesweit geltende Erlaubnis verbunden ist. Für die bundesweite Lotterievermittlung sind vielmehr 34 Einzelerlaubnisse aus 16 Ländern erforderlich, die nur für das jeweilige Land gelten sollen. Der vom Bundeskartellamt und vom Bundesgerichtshof rechtskräftig geforderte Wettbewerb um die Umsätze gewerblicher Spielvermittler wird damit unter Missachtung zwingender kartellrechtlicher Vorgaben zerstört.
6. Der **Internetvertrieb** von Glücksspielen bleibt grundsätzlich verboten und ist nur mit Ausnahme genehmigung (Ermessensentscheidung ohne Rechtsanspruch) zulässig. Das Internetverbot ist insbesondere unter fiskalischen und arbeitsmarktpolitischen Gesichtspunkten ebenso wenig sachlich gerechtfertigt wie die missbrauchsanfälligen Werbebeschränkungen durch Werberichtlinien und die – anachronistischen – medialen Werbeverbote.
7. Die Höhe der **Konzessionsabgabe** und die Anzahl der **Sportwettenkonzessionen** erscheinen völlig willkürlich festgelegt. Es fehlt jede nachvollziehbare Begründung für eine Kontingentierung der Konzessionen trotz strenger Konzessionsvoraussetzungen.
8. Casinospiele und Poker im Internet bleiben verboten, so dass ein erheblicher Teil des Graumarkts nicht legalisiert wird. Die Vergangenheit hat aber gezeigt, dass sich der unter dem GlüStV rasant wachsende **Graumarkt** durch Verbote nicht effektiv bekämpfen lässt. Schleswig-Holstein hat mit dem Landesglücksspielgesetz ein ungleich besseres Regulierungskonzept umgesetzt: Durch eine kontrollierte Öffnung des Glücksspielmarkts für priva-

te Anbieter und strenge Erlaubniskriterien und Überwachungsvorschriften werden der Graumarkt reguliert und ein transparentes und sicheres Glücksspielangebot sichergestellt.

9. Mit der im 1. GlüÄndStV vorgesehenen **Abschaffung der etablierten Klassenlotterien** und der Zwangszentralisierung zur Gemeinsamen Klassenlotterie (GKL) mit eigenem Zentralvertrieb werden gewachsene Unternehmen zerstört. Die Klassenlotterieangebote, die traditionell durch private Lottereeinnehmer vertrieben werden, gewährleisteten bislang eine effektive Kanalisierung der Nachfrage nach Glücksspielen zum staatlichen Angebot. Dieses erfolgreiche Modell soll ohne sachlichen Grund aufgegeben werden; dadurch wird den Klassenlottereeinnehmern ihre Existenzgrundlage entzogen. Damit wird eine Kanalisierung der Nachfrage nach Glücksspielen zu nachweislich nicht suchtgefährlichen Klassenlotterien im Widerspruch zu den (angeblichen) Zielen des 1. GlüÄndStV unmöglich gemacht.

## II. Spielhallenbezogene Regelungen des 1. GlüÄndStV und der Landesspielhallengesetze der Länder Berlin, Bremen, Hessen und Schleswig-Holstein

1. Die spielhallenbezogenen Regelungen des 1. GlüÄndStV und die von den Ländern Berlin, Bremen, Hessen und Schleswig-Holstein vorgelegten Landesspielhallengesetze sind **formell verfassungswidrig**. Den Ländern fehlt dafür schon die Gesetzgebungskompetenz, weil die den Ländern in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zugewiesene Kompetenz auf Regelungen mit besonderem örtlichem Bezug beschränkt ist. Die Regelungen wie das umfassende Werbeverbot, die landesweit zu konkretisierenden Abstandsgebote und das Verbot von Mehrfachkonzessionen zielen auf bundesweit einheitliche Begrenzungen und gelten unabhängig von den konkreten örtlichen Gegebenheiten für alle Spielhallen. Sie weisen damit keinerlei lokalen Bezug zum Standort einer Spielhalle auf und gehen über die lokal radizierte Regelungskompetenz der Länder weit hinaus.
2. Die Regelungen sind im Übrigen auch **materiell verfassungs- und unionsrechtswidrig**, weil die Länder die Konstruktionsfehler des bestehenden Glücksspielrechts auf das bundesrechtlich und ungleich besser regulierte gewerbliche Spiel ausweiten und dieses zusätzlich zur gewerberechtlichen Aufsicht einem glücksspielrechtlichen Regelungsregime unterwerfen wollen. Die damit verbundenen Beschränkungen der Anbieter von Geld-Gewinnspielen sind sachlich nicht gerechtfertigt und unverhältnismäßig. Die im europäischen Vergleich äußerst geringe Zahl von pathologischen Spielern in Deutschland (Spanne: 0,19 bis 0,56 % der erwachsenen Bevölkerung) belegt vielmehr, dass bereits der bestehende gewerberechtliche Regelungsrahmen für gewerbliche Geld-Gewinnspiele und das – unausgeschöpfte – bauplanungsrechtliche Steuerungspotential der Kommunen einen effektiven Jugend- und Spielerschutz gewährleistet.
3. In auffälligem Kontrast dazu sollen die glücksspielrechtlichen Regelungen für die unter suchtpräventiven Gesichtspunkten **wesentlich problematischeren Automaten Spiele in**

**Spielbanken** weiter gelockert werden. Schon jetzt besteht ein deutliches Regelungsgefälle zwischen den bundesrechtlich streng regulierten gewerblichen Geld-Gewinnspielgeräten einerseits und den dem Glücksspielrecht der Länder unterliegenden Automatenspielen in Spielbanken andererseits. Für die Slot Machines in den Spielbanken gibt es – anders als bei den gewerblichen Geld-Gewinnspielgeräten – keine gerätebezogenen Vorgaben (z.B. Gewinn- und Verlustbegrenzung, Zwangspause, Jackpotverbot) und keine quantitativen Beschränkungen (z.B. Geräteanzahl, Aufstellfläche). Durch die zusätzlichen Eingriffe beim gewerblichen Geld-Gewinnspiel im 1. GlüÄndStV werden die bestehenden Inkohärenzen im Glücksspielrecht noch verstärkt.

4. Nach § 24 Abs. 1, 2 des 1. GlüÄndStV bedürfen die Errichtung und der Betrieb einer Spielhalle erstmals zusätzlich zu der gewerberechtiglichen Erlaubnis nach § 33i GewO einer **ordnungsrechtlichen Erlaubnis**. Der Erlaubnisvorbehalt des § 33i GewO gewährleistet aber durch die dort zum Jugend- und Spielerschutz normierten Anforderungen an den Spielhallenbetrieb, dass die auch mit dem 1. GlüÄndStV verfolgten Ziele im gewerblichen Spiel effektiv verwirklicht werden. Eine zusätzliche glücksspielrechtliche Erlaubnis ist daher überflüssig. Zudem fehlt es an objektiven, vorhersehbaren und gerichtlich überprüfbaren Erlaubniskriterien und an einer Koordinierung beider Erlaubnisverfahren. Erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten und eine Flut von Rechtsstreitigkeiten sind schon jetzt absehbar.
5. Die vorgesehene Beschränkung der Spielhallenanzahl durch Mindestabstände, das Verbot von Mehrfachkonzessionen und eine Kontingentierung der in einer Gemeinde erteilten Genehmigungen ist ebenfalls sachlich nicht gerechtfertigt und unverhältnismäßig. Die damit begründete **objektive Berufszugangsbeschränkung** ist verfassungswidrig. Das Bauplanungsrecht ermöglicht es den Kommunen bereits jetzt, die Ansiedlung von Spielhallen effektiv zu steuern. Die Länder sind dafür weder zuständig noch sachlich befähigt. Darüber hinaus fehlen transparente, nichtdiskriminierende Vorgaben für die Festlegung der Zahl der Spielhallen und der einzuhaltenden Mindestabstände und zur Lösung von Verteilungskonflikten zwischen bestehenden Spielhallen.
6. Die Regelungen begründen zudem eine nicht gerechtfertigte **Diskriminierung von Spielhallenbetreibern** gegenüber den Annahmestellen der Landeslotteriegesellschaften, deren Anzahl weit über der der Spielhallen liegt und ungefähr doppelt so hoch ist wie die Anzahl der Postfilialen in Deutschland. Dennoch unternehmen die Länder keinerlei Anstrengungen, die Anzahl der Annahmestellen zu reduzieren. Das ist inkohärent, weil die Annahmestellen Glücksspiele vertreiben, die die Länder für so gefährlich halten, dass sie sie einem Monopol unterworfen haben. Auch öffentliche Spielbanken sind durch den GlüStV beim Angebot von Automatenspielen keinen annähernd vergleichbaren Beschränkungen unterworfen.
7. Das **Verbot jeglicher Werbung** durch die äußere Gestaltung von Spielhallen ist ebenfalls unverhältnismäßig und rechtswidrig. Weder für den Vertrieb von Tabak noch von Alkoholi-

ka – Suchtstoffe, die jährlich soziale Kosten in Höhe von jeweils 20 bis 50 Mrd. EUR verursachen – gibt es vergleichbare Vorgaben. Auch die **Sperrzeitenregelung** für Spielhallen und das Verbot der Sportwettenvermittlung in einer Spielhalle oder Spielbank sind sachlich nicht gerechtfertigt und unverhältnismäßig.

8. Die **Übergangsbestimmung** in § 29 Abs. 4 des 1. GlüÄndStV ist ebenfalls verfassungswidrig. Erlaubnisse, die den vorgesehenen Abstands- und Kontingentierungsvorschriften nicht genügen, können nach Ablauf der Übergangsfristen glücksspielrechtlich nicht neu erteilt werden, so dass bislang erlaubt betriebene Spielhallen geschlossen werden müssen. Für diese Legalenteignung (Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG) ist keine Entschädigung vorgesehen, so dass die Regelung auf eine **verfassungswidrige Enteignung** zielt.

### III. Regelungsversagen der Länder und Notwendigkeit einer bundesrechtlichen Regelung

1. Die Länder sind bei der Regulierung der Glücksspielmärkte **fiskalisch, ökonomisch und juristisch gescheitert**. Sie haben jahrzehntelang ein verfassungswidriges Sportwettenmonopol verteidigt, bis ihnen das Bundesverfassungsgericht 2006 den Verfassungsverstoß attestierte. Sie haben ihr Lotterieveranstaltungsmonopol so ausgestaltet, dass es gegen höherrangiges europäisches und deutsches Kartellrecht verstieß, was das Bundeskartellamt 2006 und der Bundesgerichtshof 2008 zwar klar, aber letztlich folgenlos entschieden. Denn die Länder zementierten dann im GlüStV die verbotenen Gebietskartelle der Lottogesellschaften, um die gewünschte, aber kartellrechtswidrige Regionalisierung der Lottoumsätze dennoch durchzusetzen; auch dieses Ansinnen wurde von den Verwaltungsgerichten gestoppt.
2. Die Länder haben mit dem Internetverbot des GlüStV und anderen atavistischen Regelungsansätzen gigantische Graumärkte entstehen lassen und mit diesen Konzepten vor dem Europäischen Gerichtshof und dem Bundesverwaltungsgericht schwere Niederlagen erlitten. Der Entwurf des 1. GlüÄndStV dokumentiert, dass die Länder all dies ignorieren und ihre Fehler noch vermehren und vertiefen wollen. Sie wollen **verfassungs- und europarechtswidrige Regelungen ihres Glücksspielrechts auf den Geld-Gewinnspielbereich übertragen**. In der Sache wird damit ein „gesunder“ Rechtsrahmen des Bundes, der bislang Verfassungs- und Europarecht standgehalten hat, mit „kranken“ Regelungskonzepten der Länder infiziert. Die Lasten eines solchen programmierten Rechtsverstoßes würde gegenüber der Europäischen Union wie den ersatzberechtigten Unternehmen der Bund tragen. Der Bund sollte deshalb einschreiten und die Regulierung der Glücks- und Gewinnspielmärkte an sich ziehen.
3. Nur durch eine **bundeseinheitliche Regelung** kann das Glücksspielrecht insgesamt kohärent und systematisch an den gesetzgeberischen Zielen ausgerichtet und die Funktionsfähigkeit der Rechts- und Wirtschaftsordnung im Glücksspielbereich wiederhergestellt werden. Der Bund hat außerdem auch als Adressat eines von der Kommission bereits angekündigten

Vertragsverletzungsverfahrens gegen den 1. GlüÄndStV ein erhebliches Eigeninteresse an einer unionsrechtskonformen Neuregelung des Glücksspielrechts.

4. Der Bund hat im Bereich der Wirtschaft nach **Art. 72 Abs. 2, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG** das Recht zur Gesetzgebung, wenn die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundeseinheitliche Regelung erfordern. Diese Voraussetzungen sind erfüllt, weil die landesrechtlichen Regelungen mehrfach vor deutschen und europäischen Gerichten gescheitert sind und die Länder sich der zwingend gebotenen Neuausrichtung des Glücksspielrechts verweigern.
5. Das BVerfG hat im **Sportwettenurteil vom 28. März 2006** klargestellt, dass eine Neuregelung des bislang landesrechtlich geregelten Glücksspielrechts auf Grundlage von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG auch durch den Bund erfolgen kann. Dem steht insbesondere nicht der ordnungsrechtliche Aspekt der Regelungsmaterie entgegen.
6. Die Übernahme des bewährten **bundesrechtlichen Regelungskonzepts** für Glücks- und Gewinnspiele (Sportwetten auf Pferderennen und gewerbliche Geld-Gewinnspiele) für bislang landesrechtlich geregelte Glücksspiele ist sinnvoll. Die Regelungen stellen ein hohes Maß an Jugend- und Spielerschutz sicher und entsprechen damit den Anforderungen des BVerfG, des BVerwG und des EuGH an ein **kohärentes und systematisches Regulationssystem** für Glücksspiele. Gleichzeitig gewährleisten sie Glücksspielanbietern einen sicheren Rechtsrahmen für ihre grundrechtlich und durch die unionsrechtlichen Grundfreiheiten geschützte Tätigkeit.

\* \* \*